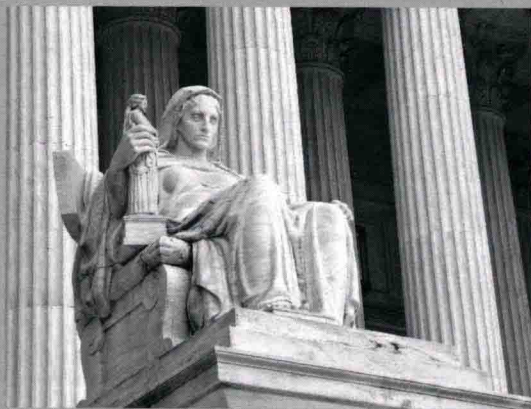




刘莘 / 著

行政法文集

身土不二



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

身土不二

行政法文集



刘莘/著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

身土不二：行政法文集 / 刘莘著. —北京：中国法制出版社，2016. 7

ISBN 978 - 7 - 5093 - 7674 - 4

I. ①身… II. ①刘… III. ①行政法 - 中国 - 文集
IV. ①D922. 104 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 170008 号

策划编辑 胡艺

责任编辑 张津

封面设计 杨泽江

身土不二：行政法文集

SHENTUBUER; XINGZHENGFA WENJI

著者/刘莘

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/787 毫米×960 毫米 16 开

版次/2016 年 10 月第 1 版

印张/36 字数/558 千

2016 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7674 - 4

定价：88.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话：66033296

值班电话：66026508

传真：66031119

编辑部电话：66053217

邮购部电话：66033288

(如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010 - 66032926)

序

应松年

刘莘的文集以“身土不二”冠名，颇有新意。身土不二，意味着作者身心与本土永不分离。作为中国人，她的一切都属于祖国，永远与祖国相连。具体而言，作为一名法学教授，在科学研究方面，将永远与祖国的法制建设相连，为推进祖国的法制建设，特别是行政法制建设贡献自己的力量。

诚如所言，文集所收的各类文章，确实都是密切联系本土的中国行政法制建设的实际。在学术论文中，涉及我国行政法中关于行政主体、行政立法、行政行为、行政程序和行政救济等问题。全部都是中国行政法治中迫切需要研究和回答的重要问题。短论不少，都是有的放矢，多是针对实践中产生的具体问题。文集中还有不少经典案例分析等等。理论紧密与实践相结合，提出自己的研究和意见，不尚空谈，不故弄玄虚，这是我最欣赏的学风。只有在祖国这片土地上，为建成法治中国和法治政府而进行探索、研究和推进，这才是我们所有法学工作者的最大心愿和最高任务。

文集所录，也显示出作者近年来在行政法治方面所关注和研究的重点以及所取得的成就，如关于政法组织、关于行政立法、关于行政复议和行政诉讼的研究，都是我国行政法实践中一些亟待解决的重点问题。作者对这些问题的深入研究和精辟论述，在理论和实务界产生了相当深刻的影响。

作者是改革开放后我国行政法学界培养的最早的研究生之一，至今在身土不二的前提下，奋斗不辍。此文集便是作者多年来法学研究成果的结晶。祝贺文集的出版，也希望她培养出更多身土不二的行政法人才，为中国法治建设继续贡献力量。



目 录

第一编 学术论文

行政主体

- ◎中国非政府组织的发展对行政组织法带来的冲击 (1)
- ◎中国非政府组织法律问题研究 (9)

人大立法与行政立法

- ◎论我国“法制统一”的保障体系 (14)
- ◎作为软法的行政规则研究 (34)
- ◎中国的地方立法权研究 (52)
- ◎谈全国人大及其常委会立法中的公众参与 (58)
- ◎行政立法 60 年之回眸 (66)

行政行为

- ◎对三十年来行政行为概念研究的反思 (80)
- ◎从《行政强制法》解读征收中的非诉执行 (94)

行政程序

- ◎论地方行政程序规定的合宪性 (101)
- ◎公众参与背景下行政听证的困境与突围 (110)

行政救济

- ◎《行政诉讼法》修改后的证据规定评析 (118)
- ◎行政复议机关要不要作被告 (128)
- ◎行政诉讼与行政复议的两个关联问题 (134)
- ◎行政复议机构设置的基础 (145)
- ◎社会管理创新视野下的行政复议程序改革 (152)

- ◎关于行政诉讼法律适用制度修改的思考 (161)
- ◎行政复议的定位之争 (169)
- ◎内部行政行为纳入行政复议的妥当性考量 (182)
- ◎大陆行政复议制度评介 (193)
- ◎韩国、中国台湾地区的行政复议机构及近年来我国行政复议
机构改革的经验 (207)

其他

- ◎“专车”利益分化中的地方立法空间 (217)
- ◎权力与权利之间：我国台湾地区烟害防制法制研究 (229)
- ◎卫生法理论体系建构的前提 (246)
- ◎预防腐败的有效措施 (264)
- ◎罗伯特议事规则与我国合议庭制度改革 (275)
- ◎参与式行政：一种新型的行政法制模式 (286)
- ◎行政应急性原则的基础理念 (296)
- ◎行政法视角下我国社会医疗保障的重构 (307)
- ◎政府绩效评估主体规范化研究 (328)
- ◎房屋征收拆迁中公共利益界定 (339)

第二编 法律人学思录

法律时评

- ◎控烟应尽快制定全国性法律 (353)
- ◎看不清，请别下家伙 (355)
- ◎行政诉讼新法解读 (357)
- ◎让控烟摆脱利益集团影响 (361)
- ◎框架公约的法律效力 (366)
- ◎行政强制法漫谈 (368)
- ◎政府合同理应公开 (372)
- ◎增设遗产税，与教育投入如何链接？ (373)
- ◎公开“三公”眉毛胡子要分清 (374)
- ◎让扶起老人不再为难 (376)
- ◎月饼收税引发的立法质疑 (377)
- ◎行政强制执行解析 (378)



- ◎行政强制措施解析 (382)
- ◎形成机制的调解是一种制度创新 (386)
- ◎对新《国家赔偿法》实施的预期 (388)
- ◎盘点新国赔法的新亮点 (390)
- ◎立法的跋涉, 执法的接力 (392)
- ◎山西煤改: 带给我们的行政法思考 (394)
- ◎行政强制法的难产和阵痛 (397)
- ◎行政诉讼笔谈: 行政诉讼是纠纷解决机制 (401)
- ◎谈征地和土地管理法的修改 (406)

书评

- ◎用契约改良公法 (409)

随感

- ◎行政复议改革之重 (413)
- ◎法治政府与政企分开 (415)
- ◎对预算决算的监督是人民主权的体现 (420)
- ◎政治体制改革的破冰之作 (421)
- ◎也说“挂职”改“任职” (423)
- ◎三十年后重温邓小平关于政改 (425)
- ◎方便、有效的改革: 复议作为初审 (426)
- ◎法律需要被消费 (429)

会议报告与纪实

- ◎行政诉讼法修法研讨会纪实 (431)
- ◎《行政复议法》修改草案专家建议稿说明 (433)
- ◎中国行政决定的执行 (447)
- ◎高山安可仰, 徒此揖清芬: 追思王名扬先生 (451)

第三编 案例评析

- ◎关于两例行政复议裁决的评释 (454)
- ◎朱某诉荣昌县人民政府行政复议决定纠纷上诉案 (460)
- ◎上海佑某电子有限公司与上海市闵行区人民政府行政复议
决定纠纷上诉案 (467)

- ◎新疆维吾尔自治区工商行政管理局与伊犁众某房地产开发有限公司行政复议纠纷再审案 (473)
- ◎卢某诉广东省人民政府维持对职业病诊断不服不予受理的行政复议决定案 (483)
- ◎兰某等诉常德市人民政府行政复议决定纠纷案 (491)
- ◎赖某诉重庆市人民政府不予复议案 (499)
- ◎朱某诉荣某人民政府行政复议决定纠纷上诉案 (506)
- ◎新疆维吾尔自治区工商行政管理局与伊犁众某房地产开发有限公司行政复议纠纷再审案 (514)
- ◎霍某与杞县人民政府等土地行政复议纠纷上诉案 (521)
- ◎评陈某与福州市人民政府等土地行政复议纠纷案与李某诉广州市人民政府建设行政复议纠纷案 (527)
- ◎评楼某诉浙江省人民政府不履行行政复议职责案 (534)
- ◎致信家属有问题么? (539)
- ◎也说华南师大校规 (541)

第四编 域外见闻

- ◎美国见闻录之一：鸟瞰美国生活 (543)
- ◎美国见闻录之二：美国的生活设施 (545)
- ◎美国见闻录之三：美国的移民和劳动力 (547)
- ◎美国见闻录之四：美国人的节俭 and 浪费 (549)
- ◎美国见闻录之五：城市的衰落 (552)
- ◎美国见闻录之六：美国人的 family 和 home (555)
- ◎美国见闻录之七：一个历史不长的国家如何增加自己的文化财富 (557)
- ◎道听途观话印度 (560)
- ◎香港官员信息公开考察录 (562)
- ◎墨西哥政府信息公开考察录 (563)
- ◎我国台湾地区诉愿制度见闻录 (565)



第一编 学术论文

行政主体

◎ 中国非政府组织的发展对行政组织法带来的冲击

摘要：我国非政府组织自改革开放以来得到迅速发展，在政治经济发展、政府决策和维护公民合法权益等方面发挥着重要的作用。随着公共治理理论的勃兴，非政府组织法律问题成为行政组织法研究的焦点。本文通过对我国非政府组织的发展历程的梳理，归纳了我国非政府组织得以发展的条件与必要性，进而展开非政府组织对我国行政组织法所带来的影响探析。

关键词：非政府组织；行政组织法；行政法思考

新中国成立以来，中国非政府组织的发展经历了不同的阶段。尤其是改革开放之后，中国非政府组织得到迅猛发展，成为中国社会发展和民主政治法制建设中的一个新领域、新问题。不可否认，作为“政府和公民企业之间的中间地带”，中国非政府组织在政治经济发展、政府民主科学决策、公民合法权益的维护方面发挥着越来越重要的作用，但随之而来的是 NGO（非政府组织，英文简称 NGO）留给行政法尤其是行政组织法亟待解决的问题。

一、中国非政府组织的发展历程

以中华人民共和国成立为标志，中国的非政府组织发展历程可以划分为以下

几个阶段：^①

1. 起步阶段（1949—1966）

1949年，新中国成立以后，中国共产党和政府改组了解放区已有的社团，清理、整顿了旧中国的遗留社团并且组建了一些新社团，非政府组织逐渐稳步发展起来。据统计，1965年全国性社会团体由解放初期的44个增长到近100个；地方性社会团体发展到6000多个。这些社会团体成为当时我国非政府组织的基本组成部分。随着权力高度集中的计划经济体制的建立，社会组织、中介组织、民间社团等逐渐萎缩甚至消失，仅留下一些由中国共产党领导的群众组织如工会、共青团、妇联和工商联，以及长期与中国共产党合作的民主党派。

2. 中断阶段（1966—1976）

1966年开始的十年动乱，使中国各类社会团体陷于瘫痪，登记管理工作也相应停顿，非政府组织发展完全处于停滞状态。受“极左思潮”在党和国家政治生活中的影响，国家政治经济高度的计划集中，仅有的非政府组织也归入了国家机关行政管理体系，使其带有很强的行政色彩。而一种特殊的社会组织——以造反、革命^②为名的红卫兵和形形色色的造反派组织却一度畸形发展。

3. 重新崛起阶段（1978—1995）

以党的十一届三中全会为转折点，改革开放政策推动了我国各项事业的迅猛发展，由于经济主体和利益主体的多元化，也由于社会环境相对的宽松，社会团体大量涌现，我国的非政府组织进入了全新的发展阶段。截至1995年底，全国共有县以上社团18.2万个，其中全国性及跨地区的社团1841个，省级社团19001个。而且，非政府组织在种类上迅速增加，包含了以下几大种类：同业组织、行业管理组织、慈善性机构、学术团体、社区组织、职业性利益团体、公民的自助组织和兴趣组织以及非营利性咨询服务组织，活动领域已经基本渗透到了社会生活的方方面面。由于国家依据旧的《社会团体登记暂行办法》进行管理社会团体组织，难以对大量涌现的社会团体进行有效的管理，甚至一度出现混乱和无序的情况。随着《中共中央、国务院关于严格控制成立全国性组织的通知》（1984年）、《基金会管理办法》（1988年）、《外国商会管理暂行规定》（1989年）、《社

^① 陈仁荣：《改革开放三十年：中国非政府组织发展思考》，载《绍兴文理学院学报》2009年第1期，第6—7页。顾建健、马立、[加]布鲁斯·哈迪等：《非政府组织的发展与管理——中国和加拿大比较研究》，上海交通大学出版社2009年版，第104—105页。

^② 造反是指造封、资、修的反，封即“封建主义”，资即“资本主义”，修即“修正主义”。革命是指要革资产阶级的命。



会团体登记管理条例》(1989年)等法规出台,中国非政府组织才进入一个较为有序的快速发展阶段。

4. 大发展阶段(1995年后至今)

中国经济经过连续多年的持续高增长,综合国力大幅增强,人民生活水平显著提高,社会阶层结构更加复杂,各阶层之间利益日益多元化,各自需要不同的利益代言人。在这种背景下,中国的非政府组织出现了增长高峰(见下表)。公民社会开始在中国形成。

同时,中国正在进行的经济和社会改革要求政府转变职能,把可以放给社会的权力放给社会。因而也要求社会组织能够承接以往由政府包揽的部分职责,提供更多的公共服务。截至2008年年底,全国共有社会团体23万个。按照社团服务的主要领域划分,工商服务业类20945个,科技研究类19369个,教育类13358个,卫生类11438个,社会服务类29540个,文化类18555个,体育类11780个,生态环境类6716个,法律类3236个,宗教类3979个,农业及农村发展类42064个,职业及从业组织类15247个,国际及其他涉外组织类572个,其他类32882个。

年份	类别	社会团体 (万)	民办非企业 (万)	基金会 (个)
1998年		16.6		
1999年		13.7	0.6	
2000年		13.1	2.3	
2001年		12.9	8.2	
2002年		13.3	11.1	
2003年		14.2	12.4	954
2004年		15.3	13.5	892
2005年		17.1	14.8	975
2006年		19.2	16.1	1144
2007年		21.2	17.4	1340
2008年		23.0	18.2	1597

注:笔者根据2005—2008年《民政事业发展统计报告》中的相关数据整理。

另据国内专家学者的研究，中国各类非政府组织实际数目约 300 万家，除民政部门注册的外，还有数量庞大的因登记门槛过高而游离于部门外的“草根组织”。另外，在中国加入世贸组织后，大批国外非政府组织纷纷涌入，仅注册在案的就有 500 多家，另有逾千家外国商会和行业协会进入中国。

2009 年 12 月 9 日，由中国人权发展基金会主办的“首届世界大型基金会北京高峰论坛”在北京开幕。中国全国政协副主席、中国人权发展基金会理事长黄孟复先生指出，中国非政府组织除数量大幅增加外，种类也更加齐全，其业务范围涉及教育、科技、文化、卫生、环保、公益、慈善事业等方方面面，同时，非政府组织作用显著增强，在畅通诉求渠道、协调各方利益、促进社会主义市场经济的发展和完善、促进社会福利和公益事业发展等方面发挥出积极作用。

二、中国非政府组织发展的条件和必要性

中国非政府组织的迅猛发展并非是偶然性的，概括而言，有以下几个方面的体现：

第一，随着市场经济的发展、政府职能的转变，出现了国家权力（特别是行政权力）的社会化趋势。政府职能的转变要求将传统的由行政机关行使的一些职能交由非政府组织来行使，以便提供更好的社会公共服务。国务院在 2004 年颁布的《全面推进依法行政实施纲要》中指出，凡是公民、法人和其他组织能够自主解决的，市场竞争机制能够调节的，行业组织或者中介机构通过自律能够解决的事项，除法律另有规定的外，行政机关不要通过行政管理去解决。行政机关需要做的只是要加强对行业组织和中介机构的引导和规范。同时，《中华人民共和国行政许可法》第 13 条规定，本法第 12 条^①所列事项，公民、法人或者其他组织能够自主决定的；行业组织或者中介机构能够自律管理的，可以不设行政许可。向社会放权，并不意味着全部下放的权力都由公民自己决定，下放的权力往往是

^① 《行政许可法》第 12 条规定，下列事项可以设定行政许可：（一）直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动，需要按照法定条件予以批准的事项；（二）有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等，需要赋予特定权利的事项；（三）提供公众服务并且直接关系公共利益的职业、行业，需要确定具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的事项；（四）直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施、产品、物品，需要按照技术标准、技术规范，通过检验、检测、检疫等方式进行审定的事项；（五）企业或者其他组织的设立等，需要确定主体资格的事项；（六）法律、行政法规规定可以设定行政许可的其他事项。



交由社会组织去承担，社会组织的存在成为一种社会需求。

第二，中国相继进行的经济体制改革——社会主义市场经济的建立和完善、政治体制改革——政治民主化的发展和社会全方位的改革“打破了计划经济时期由国家垄断资源和严格控制私人活动空间的格局，重构了国家与市场、国家与社会的关系，从而为各类非政府组织的生存与发展提供了广阔的空间”。^①

第三，公民社会的形成和发展，民众民主意识、社会责任感的增强，为中国非政府组织提供了许多的组织者和参与者。他们在非政府组织这个大舞台上充分发挥自己的才能，代表一部分人的利益，表达他们的诉愿，在他们与政府之间架起沟通的桥梁。

总之，中国社会经济的发展、民主政治的改革、法律法规政策的“默许”都为中国非政府组织生存、发展提供了所需要的土壤。

当前，非政府组织在中国的经济和社会生活中的作用越来越重要。由于非政府组织具有民间性、公益性、自治性、志愿性和非营利性等特点，它们能够成为政府与人民群众联系的桥梁和纽带，成为分担政府社会管理职能的重要载体，成为维护社会稳定的“安全阀”，在推动和谐社会建设、促进社会稳定方面发挥独特的作用。^② 具体表现为：

第一，扩大公民政治参与，影响政府决策，促进民主政治建设。非政府组织是政府和民众的桥梁和纽带，能起到信息沟通的作用。非政府组织参与政府有关社会经济发展的决策过程，通过交流、表达意愿来影响政府决策。例如2004年2月，怒江建坝方案在非政府环保组织和环保总局的强烈反对中被暂时搁置。非政府组织逐渐成为公众参与社会公共事务的直接方式。每一种类型的非政府组织，就是公民参与民主政治建设的一种载体，是促进民主政治建设最有效的组织方式。

第二，中国非政府组织在我国市场经济中的促进作用。市场在资源配置中起基础性作用，有时候也会出现失灵的状况。例如在公共产品的提供方面，由于公共产品没有竞争性，市场无法对其进行调节，没有办法提供人民所需的任何东西。政府虽然可以提供公共产品，但也是有限的。市场失灵和政府失灵，给非政府组织生存和发展的空间，在很多方面可以发挥市场和政府不具有的优势，提供非常专业的知识帮助和技术支持，提高资源的利用效率等。例如上海市城市规划行业

^① 邓国胜：《非营利组织评估》，社会科学文献出版社2001年版。

^② 顾建健、马立、[加]布鲁斯·哈迪等：《非政府组织的发展与管理——中国和加拿大比较研究》，上海交通大学出版社2009年版，第105页。

协会，以政府的城市规划和建设的方针政策为指导，在行业管理中发挥积极作用，维护行业的合法权益，有助于产业结构的调整和经济效益的提高，增强行业单位市场竞争力、促进本市城市规划行业的发展。因此，中国非政府组织不仅是维护市场经济秩序的重要力量，而且在经济建设中的作用潜力巨大。

第三，文化方面，非政府组织塑造公益文化，推动社会主义精神文明建设。公益性、非营利性的非政府组织，是提高人民群众人文素质和精神文明程度的重要载体。非政府组织通过组织丰富多彩的活动，满足广大群众的精神需求，传播先进文化，弘扬美德，倡导健康、文明、科学的生活方式，创造良好的社会文化氛围。例如中国文学艺术界联合会（简称中国文联），其任务包括：坚持文艺为人民服务、为社会主义服务的方向和“百花齐放、百家争鸣”的方针，遵守宪法和法律，致力于繁荣和发展我国社会主义文学艺术事业，发展面向现代化、面向世界、面向未来的，民族的、科学的、大众的社会主义文化，为建设社会主义精神文明和实现社会主义现代化而努力奋斗。

三、中国非政府组织的行政法思考

如前所述，随着中国社会的发展、民主政治改革的深入、人民生活水平和参政议政意识的提高，非政府组织在中国的数量及管理公共事务的范围不断增长和扩大。正如学者所言，中国正在经历着一场前所未有的“社团革命”。^①然而，中国非政府组织的发展留给公法学者很多问题。

（一）中国非政府组织的法律地位问题

NGO的组织形态是多种多样的，如有环境保护方面的NGO，其活动是公益性的，但是没有任何“权力”色彩；但是也有许多NGO肩负着自律管理职能如足球协会、篮球协会以及各种各样的行业协会，可以对会员实施公权力性质的处罚、制裁，核发许可或批准会员从事某项活动。对于后者，其到底应当适用公法还是完全按照私法组织的定性，在中国这样一个以公私法界分为传统的国家，是至关重要的。尤其是当公民或会员组织对这种NGO的某一裁决不服时，按照行政诉讼法提起行政诉讼往往遇到很大的困难，但是按照民事诉讼法来寻求救济也几乎是不可能的。政府现在受到行政法的制约，而此类NGO反而不受什么约束，所以经常有人说，“二政府”（NGO）比“大政府”（即指政府）更厉害。当然这里的

^① 何增科：《中国公民社会制度环境要素分析》，载俞可平等编《中国公民社会的制度环境》，北京大学出版社2006年版，第122页。



“二政府”是 NGO 中的一部分。

非政府组织的法律地位没有明确的法律规定。在中国现行法律体制中，除公司、企业等依民法设立的民事主体和行政机关等依组织法设立的行政主体已经有明确的法律地位和救济途径外，非政府组织的法律地位及性质相当模糊，对其与成员或利用者之间的关系性质也缺乏定性，自然对它们之间的争议也缺乏明确的法律救济途径。^①

目前许多 NGO 是按照“法律、法规授权的组织”“行政机关委托的组织”来对待，但是事实上不能解决非政府组织在行政组织法和行政诉讼法中的尴尬境地。一方面，非政府组织的种类数量繁多，很多法律、法规没有进行授权或授权不明，而事实上却行使公共管理的权力，对其一一授权的可能性不大；另一方面，受委托组织所应具备的条件和范围，在现行法律、法规中，只有《中华人民共和国行政处罚法》作出了明确的规定，而且规定受委托组织“应是依法成立的管理公共事务的事业组织”。如果单行法都这样规定，许多 NGO 并不能成为受委托的组织。

（二）中国非政府组织自身发展的外部法律制度环境尚不完善

中国的非政府组织虽然已有很大的发展，但是由于法律制度尚不完善、登记门槛过高，事实上抑制了 NGO 的发展势头。

目前，中国对非政府组织的法律规制主要有《社会团体登记管理条例》《民办非企业单位登记管理暂行条例》《公益事业捐赠法》《民办教育促进法》《基金会管理条例》等法律法规。

结社自由是一项宪法权利，但是现在的立法层次还比较低，在原则、体系、结构、内容等方面不完善。加之法律规制过于原则，可操作性不够，现行非政府组织法律法规的实际执行效果不理想。一方面，非政府组织的成立、权利义务、运转、法律责任等不明确，不利于公民结社权利的行使和非政府组织的健康发展。另一方面，政府对非政府组织的监管“无法可依”，很多非政府组织在登记时事实上被法律法规拒之于门外。

根据《社会团体登记管理条例》和《民办非企业单位登记管理暂行条例》的规定，社会团体、民办非企业单位要进行依法设立登记，必须首先在民政部门登记。而作为申请民政登记的前提条件是，该社会团体、民办非企业单位必须经过业务主管部门的同意。问题是，非政府组织往往很难确定其业务主管部门，即使

^① 参见文正邦、陆伟明主编：《非政府组织视角下的社会中介组织法律问题研究》，法律出版社 2008 年版，第 212 页。

有，也很难拿到该部门的同意函。

此外，《社会团体登记管理条例》第13条第2项规定“在同一行政区域内已有业务范围相同或者相似的社会团体，没有必要成立的”，登记管理机关不予批准筹备。这些不合理的规定，赋予登记管理机关很大的自由裁量权，提供了滥用职权的空间，容易造成某一非政府组织的垄断地位。如此一来，有相当一部分非政府组织达不到登记的条件，无法注册。

据调查和数据推测，全国未登记的非政府组织数量是在册数量的10倍。这些没有正式注册的非政府组织，有的已经走入公开或进入地下状态，极易走入歧途。甚至在得不到社会承认的情况下，有的组织已经发展成为当地的恶势力，对社会造成了恶劣的影响。^①

（三）许多 NGO 先天不足，还有许多 NGO 极其乐于行政化发展

中国很多非政府组织带有浓厚的“官方”色彩，即行政色彩很强。一方面，多数有重要社会影响的中国非政府组织最初都由政府创立，尽管它们最后从组织上脱离了创办者，但两者之间依然有着极为密切的联系。例如，“希望工程”依赖共青团系统的全国性组织网络来开展工作，中华慈善总会借民政部来建立信誉，各地的消费者协会则借政府工商部门来建立信誉，离开这些行政资源，它们很难开展工作。

另一方面，行政机关实际上依旧保有对一些非政府组织的控制权，如中国红十字会和各级商会都设立党组织，其领导人由中国共产党各级组织任命，人员级别与待遇比照政府公务员，并可在组织、政府和党的机关之间流动。^②同时，有官员作为非政府组织的领导，其活动较容易开展。可以说，中国非政府组织无法脱离纵向的权力结构形式。

（四）资金来源不足，税收优惠政策不合理

非政府组织主要有三大资金来源：一是政府的投入；二是会费及服务收费；三是社会捐赠。

中国非政府组织资金来源结构单一，没有形成多元化的资金来源渠道，其经费来源主要依靠政府提供的财政拨款和补贴，而且数量有限。这样，没有自身的资金来源而主要依靠政府的 NGO，很难实现真正的独立和自治；另外，资金的不

^① 宋明：《法理学视野中的我国非政府组织之发展》，载《理论界》2008年第4期，第37页。

^② 引自 <http://hi.baidu.com/%BD%DC%CE%CC/blog/item/53e60ff4803a8eef7609d7b8.html>，最后访问时间：2009年11月14日。



足制约着中国非政府组织参与社会管理和提供服务的水平和能力。以发展情况相对较好的上海非政府组织财务支出状况的调查为例,约有 1/3 的组织资金只够支付专职人员的工资、物业费用和办公费用,没有多少钱用于开展项目和活动。^①

涉及非政府组织的税收优惠政策不合理。我国的税法规定,只有国务院、民政部门规定的少数全国性的非政府组织,其获得的捐赠才能享受税前全额扣除的税收优惠。根据《事业单位、社会团体、民办非企业单位所得税征收管理办法》第 3 条的规定,事业单位、社会团体、民办非企业单位的收入,除国务院或财政部、国家税务总局规定免征企业所得税的项目外,均应计入应纳税收入总额,依法计征企业所得税。据此,中国的非政府组织大多要按照企业征所得税的,这样就会导致很多非政府组织在从事公益性活动时也要缴税,对中国非政府组织的资金来源是不小的冲击。

针对上述问题,笔者认为,一方面应该加快中国的结社法立法,逐步建立和完善非政府组织的法律体系,明确非政府组织的法律地位,将非政府组织纳入法制化的轨道。另一方面,提高中国非政府组织的资金筹集能力,使资金来源渠道多元化,政府在给予资金支持的同时,调整税收优惠政策。

(本文系与中国政法大学博士研究生王新时合著,著于 2010 年)

◎ 中国非政府组织法律问题研究

摘要: 非政府组织在中国得到迅速发展,对于中国社会发展与民主法制的建设具有重要的意义。本文从非政府组织的概念认知分析出发,着力研究非政府组织的法律定位,进而以我国的非政府组织的发展为中心,探析我国非政府组织在发展过程中面临的法律问题及其对策。

关键词: 非政府组织; 法律地位; 中国; 问题及对策

非政府组织在中国迅速发展,成为中国社会发展和民主政治法制建设中的一个新领域、新问题。不可否认,作为“政府和公民企业之间的中间地带”,非政府组织在政治经济发展、政府民主科学决策、公民合法权益的维护方面发挥着越来越重

^① 黄晓勇主编:《中国民间组织报告》(2008),社会科学文献出版社 2008 年版,第 14 页。